

EL OBJETO MATERIAL Y FORMAL DEL DERECHO

Al concluir que el término Derecho es análogo, es decir, que posee diferentes realidades a las que se aplica, las cuales están estrechamente relacionadas entre sí, el iniciado en su estudio puede fácilmente caer en el desconcierto, pues, según lo que se suele impartir en la educación básica y media, todo saber *es* y *debe ser* un *saber de algo*, único y distinto, es decir, unívoco y no análogo. En ese sentido, el Derecho no poseería un estatuto epistemológico propio ni autónomo, como el de la Física, la Biología o la Matemática y, por ende, no podría considerarse un saber científico. Luego, sería apenas un tipo de saber práctico semejante al del artesano o al del albañil, incapaz de dar cuenta sobre los fundamentos y modos a través de los cuales procede su conocimiento.

Sumado a esto, toda ciencia se diferencia de las demás precisamente por la manera en la que aborda su objeto de estudio, es decir, por la perspectiva desde la cual estudia una determinada relación de cosas (objeto formal), así como por los asuntos de los que trata (objeto material), aunque puede compartir algunos de estos con otras ciencias. Teniendo en cuenta lo anterior, el Derecho parecería no proceder en su conocimiento de forma científica, por lo que el iniciado podría cuestionarse sobre el valor profesional de lo que estudia. Sobre todo, teniendo en cuenta el señalamiento del equívoco conceptual de muchos de ellos, al iniciar sus estudios, respecto a identificar el Derecho con la ley, la cual les podría parecer, sin duda, el genuino objeto de estudio de la disciplina jurídica.

Ciertamente la preocupación de cualquier iniciado a ese respecto es lícita, aun cuando surge de un equívoco conceptual de origen histórico que, sin embargo, no puede socavar el hecho de que como toda ciencia el Derecho posee un genuino estatuto epistemológico, pues se diferencia de otras como la moral, la Sociología, la Psicología, la política, etc., con las que comparte el mismo objeto material (la conducta humana), por su objeto formal que no es otro que *lo justo*.⁴³

Con el objeto de explicar los asertos anteriores, se aborda la exposición en dos partes: la primera, es una caracterización del significado del término ciencia y de los equívocos derivados de una lectura positivista de la ciencia del Derecho; la segunda, es la exposición del concepto de analogía como clave para la comprensión de los equívocos conceptuales y la clarificación del objeto material y del objeto formal del Derecho, desde la perspectiva del Realismo Jurídico Clásico.

Equívocos conceptuales

Así como el concepto de Derecho ha sufrido la ambigüedad en sus significantes, también la determinación de su objeto de estudio se encuentra teñida por la equivocidad conceptual. Por lo que, como resume claramente la *philosophica Juris*,

es un error común establecer que la ley es el objeto material del derecho, opción que no es de recibo ya que la ley jurídica encarna un supuesto de conducta por parte del hombre, luego la conducta, es la materia que es regulada por la ley; en este orden de ideas la ley viene siendo una regla, medida o criterio de conducta y en todo caso un instrumento del derecho y no materia de éste, tampoco la ley es el objeto formal del derecho ya que en este supuesto lo sería más bien el interés regulado por la ley.⁴⁴

Dejando para el siguiente apartado la explicación de los orígenes de semejante desviación, es importante afirmar que respecto a la realidad del fenómeno jurídico suele aducirse que la pregunta por el *quid iuris*, el que debe ser considerado Derecho, agota toda pretensión de saber científico sobre el mismo. Como se estableció anteriormente, ello reduce la pregunta por el *quid ius* a una tautología, por la cual se valida la contingencia de la norma, partiendo de una concepción de la ciencia productora del Derecho, capaz de atribuirle el carácter de necesidad a su propia contingencia.

43 Mora Restrepo, "Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico", 23.

44 U.C.C., "Características que identifican la particularidad...", 14.

No obstante, todavía se suele decir que “cuando se habla de una ciencia autónoma del derecho o de la ciencia del derecho por antonomasia, se hace referencia a la tarea intelectual cuyo objeto es el conocimiento y elaboración racional de los datos proporcionados por el derecho positivo”.⁴⁵ Esta definición, de trazas positivistas, pretende simplificar la compleja realidad de la adecuación de las relaciones humanas a lo *debido* o a lo *justo*, por medio de datos accesibles sensorialmente, es decir, siguiendo el modelo de las Ciencias Naturales y de la Matemática, propio del “cientificismo” del siglo XIX. Dicha posición ha sugerido, para algunos, que para que el Derecho sea considerado como una ciencia debe partir de un objeto material de estudio observable empíricamente y de un objeto formal de estudio sistemática y metodológicamente independiente, que permita obtener leyes universales (verificables). Por ello, el Derecho solo podría partir de la Ley, único dato observable empíricamente.

En tal esquema, al dato positivo le debe seguir una metodología sistemática y “objetiva” que permita aislar, de cualquier injerencia exógena (la moral, la política, la Sociología, la economía, etc.), lo *dado* y/o *puesto* como Derecho, para así poder racionalizar científicamente el conocimiento jurídico. De acuerdo con eso, Bonorio señala que

existen dos fundamentos en los que se puede apoyar la adopción de una posición positivista respecto de la definición de derecho:

- (a) *el escepticismo ético*, esto es, la creencia de que no existen juicios morales objetivamente verdaderos, universalmente válidos y eternos (o bien que, en caso de que existieran, no podrían ser conocidos por el hombre mediante el empleo de la razón); y
- (b) *la ventaja metodológica* que implica poder distinguir entre el derecho que es y el derecho que debe ser, a los efectos de permitir la crítica moral de las instituciones vigentes.⁴⁶

La tesis que subyace a la posición positivista, en últimas, se funda en el “olvido de la metafísica” que caracteriza la “modernidad” –entendida como período histórico–. El escepticismo kantiano declaró que “la cosa en sí”, en su esencia, es incognoscible y, por tanto, “es incognoscible un orden moral como objeto de

.....
⁴⁵ Latorre, *Introducción al Derecho*, 94.

⁴⁶ Pablo Bonorio, *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial. Plan Anual de Formación y Capacitación de la Rama Judicial* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2011), 29. (Cursivas en el original).

la razón práctica y como normativo de la voluntad humana⁴⁷, por lo que se llegó a la conclusión de que no existe necesariamente nada *bueno* o *malo* y, por ende, nada exigible de forma absoluta, sino sólo de forma relativa y contingente.

En ese sentido, el objeto material del Derecho (*la conducta humana en la relación con otros*) no podría ser sino contingente, porque todo dependería de un contexto social, cultural, político, económico, etc., por lo que el positivismo buscó la cientificidad del Derecho en su objeto formal. De ahí que, como observa De Giorgi,

la autonomía es un requisito puramente formal, pero esencial de la positividad del derecho. El sistema jurídico es autónomo en el plano formal porque contiene dentro de sí mismo los principios que regulan su producción y reproducción, y estos principios también son jurídicos, es decir *puestos*. Sólo con base en su autonomía formal el derecho puede presentarse las abstracciones jurídicas como selecciones normativas operadas en el universo de lo posible y presentarlas, por tanto, como elecciones que realizan el conjunto de sentido propuesto como razón jurídica.

Es un círculo; pero es el círculo en virtud del cual el derecho oculta la racionalidad objetiva de las relaciones sociales de producción, de donde surge en realidad.⁴⁸

Paradójicamente, entonces, la lectura positivista de la ciencia del Derecho se ve encerrada en la formalidad metodológica de su producción, esperando con ello, como lo hacen las ciencias de la naturaleza con sus respectivos objetos de estudio, poder “predecir” el Derecho y decir con verdad qué es el Derecho, cuando no ha podido dar cuenta de principio de la respuesta a la pregunta ¿qué es el Derecho? Es decir, cuando no ha podido establecer las leyes universales y no contingentes que le permitan hacer aquello, o sea, cuando no ha aclarado su propio objeto de estudio.

Frente a semejante problema, la aporía del positivismo, su posición, enmarca dos alternativas: la primera, consiste en aceptar que el Derecho es lo ya dado como *imposición*, sin consideración distinta a *ser impuesto*; la segunda, es construir una teoría del Derecho desarrollada sobre el presupuesto de la validez como existencia de la norma.

47 Emilio Serrano Villafaña, “Fundamentación Metafísica del Derecho en el Realismo Filosófico”, *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, N.9 (mes 1982): 57.

48 Raffaele De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación* (México D.F.: Universidad Iberoamericana, 1998), 21.

El Derecho como mandato

Ya que para el positivismo es una regla casi sagrada la diferencia entre el *ser* y el *deber ser* del Derecho, muchos de sus autores señalan que el único fundamento de la cientificidad de lo jurídico descansa en reconocer qué *es*, en realidad, el Derecho en las relaciones sociales, con independencia de lo que *debe ser* según criterios morales. Dicha línea de pensamiento tiene su origen en los trabajos de John Austin (1790-1859) y en las clases que dictó en la Universidad de Londres en el período comprendido entre 1829 y 1832. Austin declaró, sin ambages, que el Derecho era el conjunto de las “órdenes respaldadas por amenazas”,⁴⁹ esto es, los mandatos proferidos por aquél que, en último término, tuviera el poder para hacerlos efectivos: el “soberano”.

En dicha lectura, los estudios científicos del Derecho deben ocuparse sólo “de las leyes positivas, sin preocuparse de si son buenas o malas”⁵⁰ y, subsecuentemente, de la elaboración y sistematización de sus conceptos más generales. Es decir, que el objeto material de dicha ciencia es, precisamente, el conjunto de ordenanzas del “soberano”. Pero como dichas ordenanzas no pueden separarse del hecho evidente de que la creación del Derecho depende del Estado y, por lo mismo, del conjunto de relaciones sociales que estudia la política, resulta que tal ciencia no podría ser autónoma en realidad, sino que, en últimas, dependería de la Ciencia Política para explicar un Estado que se supone ha de estar sometido al Derecho.

Efectivamente, si la solución propuesta por esta versión del positivismo era reducir el derecho a la ordenanza, el nuevo problema para la Ciencia del Derecho es saber cómo “reconocer” en verdad cuándo una ordenanza es tal, es decir, cuánta legitimidad debe tener un mandato para que del Estado lo considere derecho, en consonancia con el precepto de que un *Estado de Derecho* debe estar sujeto al mismo.

49 John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined: And, The Uses of the Study of Jurisprudence* (Nueva York: The Noonday Press, 1954), 10.

50 *Ibíd.*, 126.

El Derecho como método

Frente a la encrucijada a la que llevaba la postura del Derecho como mandato, el positivismo reaccionó con lo que se ha denominado como una *conversión metodológica*, que consiste en la reducción de la actividad científica a la operación sistemática, lo cual, siguiendo a De Giorgi,

tiene dos consecuencias importantes. La primera es ésta: como el derecho positivo a través de la construcción del sistema recibe ‘una nueva vida orgánica que reacciona constructivamente sobre la misma materia’, las operaciones que llevan a aquella construcción, se presentan como actividad formadora, como actividad productora del derecho. El derecho *aparece*, de esta manera, también como producto de la actividad científica. La otra consecuencia es ésta: la epistemología se reduce a metodología de la construcción del sistema. La filosofía, a la que todo sistema lleva, no tiene ninguna función epistemológica, al interior de la ciencia [...] la teoría de la ciencia no es otra cosa que metodología; es descripción de las operaciones que permiten unificar la materia jurídica ya *existente*.⁵¹

Kelsen, sin duda, es el representante paradigmático, aunque no el único⁵², de dicha *conversión metodológica*. Por esta razón se presentarán a continuación algunos puntos de caracterización muy generales respecto a lo que, a fin de cuentas, se resume en el rechazo a cualquier sustrato realista, en el sentido metafísico del término, de lo *debido* o lo *justo* en las relaciones humanas.

En efecto, como bien se sabe, Kelsen pretende asegurar la autonomía científica del Derecho, guiado por la pureza metodológica de su teoría, la cual debe estar, supuestamente, libre de ingredientes metafísicos, morales, políticos o de cualquier otra índole, ya que, como se dijo, para él la validez del Derecho Positivo es independiente de su justicia. Luego, una *Teoría pura del Derecho* debe limitarse a describir la estructura formal de un sistema jurídico, nunca a valorar las normas positivas que la integran.

La clave de la científicidad de la teoría de Kelsen consiste en distinguir el principio conceptual *a priori* que diferencia a las ciencias de la naturaleza del Derecho. En un primer caso, dicho principio es el de *causalidad*, mientras que

51 De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, 37-38. (Cursivas en el original).

52 De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, 329. Véase Bonorio, *Filosofía del Derecho y Decisión...*, 47. En la misma vía se encuentran Friedrich Carl von Savigny, Georg Friederich Pucka, Rudolf von Jhering y, más recientemente, Herbert.

en el segundo es el de *imputación*.⁵³ De acuerdo con esto, el *deber ser* es una categoría lógico trascendental de las Ciencias Normativas y, como tal, obedece a la cuestión de las condiciones necesarias para el conocimiento del Derecho. Por lo mismo, esta no puede estar fundada en un hecho, un *ser*, sino tan sólo en una norma preexistente.

El Derecho, así visto, “es un universo de normas válidas interrelacionadas” que obtienen su legitimidad de una jerarquía normativa, de *deber ser*, independiente de cualquier contenido moral o de justicia, puesto que “un ordenamiento jurídico positivo sería respecto a su validez independiente de la norma de justicia en virtud de la cual es valorado”.⁵⁴ Entonces una cosa es una teoría científica del Derecho y otra una filosofía metafísica de la justicia. Por eso, las normas jurídicas son categorías lógicas desprovistas de todo contenido, que constituyen el objeto de la ciencia del Derecho, mientras que las reglas del Derecho son las proposiciones mediante las cuales tal ciencia describe su objeto. En otras palabras, las normas son prescriptivas y las reglas son descriptivas.

El principio de imputación le sirve al modelo kelseniano para separarse del causalismo de Austin, por el que el crimen es la causa de la sanción, pues la imputación funciona con normas *primarias*, es decir, con normas que establecen la relación entre conductas ilícitas y su sanción y no con normas *secundarias*, es decir, con normas de conducta que evitan la sanción. Así la forma lógico estructural del Derecho no es X debe ser de tal o cual manera, sino X se debe comportar de la manera Y o, de lo contrario, sobrevendrá la sanción B. En ese sentido, para el Derecho lo importante es la relación Y entonces B, y no la estipulación del comportamiento de X (lo que sería propio de la moral). De modo que la sanción y el delito que la provoca no son la alteración del Derecho, sino su condición formal, pues una conducta prescrita jurídicamente es aquella a la que su opuesta es condición de sanción.

Así las cosas, resume Bonorio,

el “deber jurídico” u “obligación jurídica”, es definido como la conducta opuesta al acto antijurídico. Un sujeto está obligado (o tiene el deber) de realizar determinada conducta si, en el ordenamiento jurídico, existe una norma que impute a la conducta

53 Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 196.

54 Kelsen, “Justicia y Derecho Natural”, 101.

opuesta una sanción jurídica. El “derecho subjetivo”, por otra parte, es definido como el reflejo de una obligación jurídica existente. Decir que alguien tiene un derecho subjetivo es afirmar que otra persona está obligada a realizar una determinada conducta en relación con él.⁵⁵

El sistema jurídico que sustenta dicha ordenación se funda en la validez interdependiente de las normas particulares con otra norma (una *cadena de validez*), la cual, a su vez, les asegura su estatus de normas válidas. Precisamente por eso, debe suponerse una *grundnorm* (norma primera y fundamental), que es “una consideración intrasistémica en donde una norma se funda en otra mayor así hasta el límite que es una autorización”.⁵⁶ Sin embargo, esta no es una autorización en el sentido del mandato de Austin, sino en el sentido de la necesidad metodológica de una formulación hipotética, por la cual “el fundamento de validez de un ordenamiento jurídico, reside en una norma hipotética fundamental, es decir, supuesta en el pensamiento jurídico, según la cual hay que comportarse y tratar a los hombres según la constitución primitiva”,⁵⁷ que, no obstante, “no puede ser sino el contenido de un acto intelectual, de un acto de pensamiento”.⁵⁸

Como está consignado en el Capítulo I de este texto, la naturaleza de la norma fundamental básica ha sido uno de los aspectos más cuestionados de la teoría Kelseniana, por lo que basta, por ahora, destacar que su *Teoría pura del Derecho* pretende determinar los aspectos estructurales comunes a todos los fenómenos normativos y que esto es todo lo que puede aportar una Ciencia Jurídica al conocimiento del Derecho. Dicha idea, en últimas, viene a colegirse de su *escepticismo ético*, en cuanto, si se rechaza la posibilidad cognoscitiva de cualquier *deber* distinto al deber jurídico, a lo máximo que se puede llegar es a una identificación del Derecho con el Estado en el plano normativo, pues “los dos conceptos límites del positivismo y el Estado de Derecho son *summa potestas*, o soberanía, y norma fundamental”. Estos conceptos tienen como función cerrar el sistema a consideraciones extrajurídicas.⁵⁹

55 Bonorio, *Filosofía del Derecho y Decisión Judicial*, 40.

56 Robert Walter, *La Doctrina del Derecho de Hans Kelsen* (Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia, 1999), 12.

57 Kelsen, “Justicia y Derecho Natural”, 102. Véase: Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 265-266.

58 Kelsen. *Teoría Pura del Derecho*, 269.

59 La Torre, “El Derecho y la Teoría del Derecho”, 67.

En resumen, como advierte De Giorgi, “el derecho positivo, entonces –ésta es la respuesta de Kelsen al problema fundamental de la epistemología jurídica–, es posible como objeto de conocimiento, [pero] sólo como forma de valor que ha borrado de sí todo carácter sensible, natural”.⁶⁰ En esto consiste su cientificidad, su pureza metodológica, pero ¿está justificada esta tendencia a la purificación del Derecho de toda contaminación ideológica cuando tal pureza es en sí misma ideológica? Puede ocurrir, más bien, como manifiesta Serrano, que

una teoría tan ‘pura’ del Derecho que considera a éste ‘libre de ingredientes metafísicos y morales’ (a cuya esfera y órdenes pertenece, quiéralo o no, el derecho) y libre también de ‘ingredientes sociales y políticos’ (siendo así que el Derecho se da para estructurar, ordenar y regular la vida social), esto es, un orden jurídico-normativo basado en hipótesis científicas y lógico-formales, para darnos ‘un Derecho sin Derecho y un Estado sin Estado’.⁶¹

La fuente de los equívocos

En este momento del texto, cualquier iniciado en la disciplina jurídica puede naturalmente preguntarse: ¿por qué existe esa tendencia entre los pensadores del Derecho a diferenciar el *ser* del derecho de su *deber ser*; cuando la realidad jurídica es sólo una? La respuesta a esta cuestión, y no es de extrañar, es de suyo una cuestión filosófica que consiste, para la posición realista, en señalar que para aquellos pensadores ajenos a la reflexión metafísica, resulta difícil admitir que estudiar las estructuras subyacentes que determinan la práctica jurídica es también una cuestión de metafísica del Derecho.⁶² Por lo cual, se puede decir con Latorre, que

el positivismo representa una típica actitud mental de ‘aislamiento’ de un sector de la realidad, en este caso del Derecho, para estudiarlo al margen de otros aspectos de la misma realidad en que se encuentra inmerso. [Así] cuando el positivista afirma que el Derecho tal y como es, y nada más, constituye el objeto de sus afanes, entiende que

60 De Giorgi, *Ciencia del Derecho y Legitimación*, 88-89.

61 Serrano Villafañá, “Fundamentación Metafísica del Derecho”, 57.

62 Sobre esta distinción, véase a Diego López, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* (Bogotá D.C.: Legis/Universidad de los Andes, 2004), 401. Así mismo: Eduardo García Máynez, *Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo* (México D.F.: Fontanamara, 2002), 11-76.

el derecho puede ser realmente estudiado como algo separado de la consideración global de los fenómenos sociales.⁶³

La actitud mental positivista, pese a que desde el siglo XIX “muchacha ha corrido bajo el puente”, persiste todavía en muchos abogados que repiten sin más que “el derecho es el derecho”, que “el derecho no tiene nada que ver con la ética”, que “el imperio de la ley es el derecho”, entre otras frases similares que muchas veces encubren intereses pragmáticos antes que una verdadera posición teórica.

Al contrario, desde la posición realista,

la primera premisa de la que hay que partir es que en todo sistema de pensamiento jurídico, subyace una determinada escuela o concepción filosófica. En efecto como lo advierte el profesor Hervada, la interrogación sobre el derecho ha de llegar al fundamento mismo de la realidad jurídica. Por eso, en este plano se llega a la pregunta sobre la primera verdad o verdad primera del derecho y esta interpelación es de orden filosófico. Esta cuestión es la que los autores llaman la cuestión reina de la filosofía jurídica y que responde a la pregunta de si el Derecho es una obra cultural del hombre y pertenece por tanto a las obras humanas o si, por el contrario, el derecho es una atribución que se asienta en la realidad misma de la persona humana.⁶⁴

En ese orden de ideas, para descubrir cuál es la fuente de la actitud mental de ‘aislamiento’ del positivista, es perentorio volver sobre el sistema de pensamiento que le subyace: el idealismo o inmanentismo filosófico que, como se dijo en otra oportunidad,

se funda en el devenir histórico (aunque como tal no es un sistema sino un conjunto de sistemas que de fondo asumen esta perspectiva) como la tendencia a pensar que en general la realidad es y existe gracias a la conciencia del ser que la percibe, es decir, gracias al yo pensante (la subjetividad) que se constituye así en la totalidad incluyente que le otorga orden al caos. Esta postura permea el mundo jurídico haciendo que el mismo se entienda como una “realidad” normativa relativa en cuanto que la ley, cualquiera que esta sea, y el ordenamiento jurídico dependen totalmente de la subjetividad, es decir, de la voluntad creadora del hombre que en el campo social

63 Latorre, *Introducción al Derecho*, 114.

64 U.C.C., “Características que identifican la particularidad...”, 7. Véase también Javier Hervada. “Inmanencia y Trascendencia”, en *Actas de las XXV reuniones filosóficas de la Universidad de Navarra. El hombre: inmanencia y trascendencia*, editado por Rafael Alvira Domínguez, Volumen 1 (Pamplona: Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991).

*decide (según su particular contexto) qué y hasta cuándo algo es permisible o no, qué y hasta dónde existe el bien en general y el bien social o jurídico en particular, que se ha de entender por justicia en un aquí y ahora concretos si es que cabe alguna definición para tal concepto, etc.*⁶⁵

Desde semejantes supuestos filosóficos, es comprensible la fe en el “cientificismo” que caracteriza buena parte del positivismo y que encierra dentro de sí una actitud negacionista respecto del saber clásico. Por esta, todo saber, si quiere elevarse a la dignidad de ciencia, debe alinearse a los métodos y mentalidad de las ciencias naturales de la “modernidad”. Dicha alineación, en efecto, no comprende la analogía como se ha descrito arriba, ni tampoco que las convenciones acerca del uso de “Derecho”, como sostiene Luis Legaz y Lacambra citado por Massini,

tiene[n] un *fundamentum in re*, dado que la humanidad ha aplicado en todos los tiempos y en diferentes países el término “derecho” o su equivalente lingüístico al mismo sector de la realidad humana; y por otra parte, a pesar de que el significado de “derecho” y de sus equivalentes *no es unívoco*, una convención científica moderna ha elegido solo un aspecto de la complejidad problemática del “derecho”, reservándole la condición de objeto del conocimiento “científico”, a saber, el sentido de “derecho” como norma impuesta por el poder social y político. Pero, ¿qué hacer entonces —concluye— con los otros aspectos de la realidad jurídica, con los otros sentidos del nombre “derecho” —el derecho como lo recto (...) y como lo *justum*, el derecho como facultad (derecho subjetivo)—, etc.⁶⁶

Claramente, para el Realismo Jurídico Clásico, el vocablo derecho es una realidad compleja que puede ser estudiada desde la perspectiva científica, siempre y cuando su objeto formal, lo *justo*, esté fundamentado por un supuesto metafísico *de hecho y de derecho*, allende el empleo de la idea de “analogía”. Esta remonta a Aristóteles y es explicada por el autor con el ilustrativo ejemplo del vocablo “sano”, de la siguiente forma:

El ser, se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a una sola cosa, a una misma naturaleza, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; más así como por *sano* se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquello de que es ella señal y aquello que la recibe

65 Gregorio Rojas González, *De la justicia a los derechos fundamentales. Una lectura desde el realismo jurídico clásico* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia-Temis, 2013), 7.

66 Carlos Ignacio Massini, “Entre Reductivismo y Analogía. Sobre el punto de partida de la filosofía del derecho”, *Revista Persona y Derecho*, vol. 67 (2012): 353-385.

[...]; en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a un principio único.⁶⁷

Por supuesto, se puede decir que en la vida práctica, a menudo, la experiencia significa más que el saber. Sin embargo, se estiman superiores el saber y el entendimiento, pues los hombres de experiencia conocen sólo el qué, pero no el por qué. Así, el hombre de leyes puede conocer mucho de ellas, pero no de sus primeros principios. Por eso, quien posee saber teórico se halla en un nivel superior al hombre práctico, porque puede impartir la enseñanza de su especialidad. El jurista, en este caso, puede compartir los principios del *ars iuris*, mientras que el abogado sólo puede operar jurídicamente.

Saber, en ese sentido superior, implica la búsqueda de un conocimiento que no está dirigido a la utilidad, como parece ser que sucede con la actitud mental positivista, sino que tiene un fin en sí mismo. Sin embargo, aclara el mismo Aristóteles:

Toda ciencia se ocupa de la indagación de ciertos principios y de ciertas causas, con ocasión de cada uno de los objetos a que se extiende su conocimiento [...] Cada una de ellas se circunscribe, en efecto, a un género determinado, y trata únicamente de este género; le considera como una realidad y un ser, sin examinarlo, sin embargo, en tanto que ser. La ciencia que trata del ser, en tanto que ser, es diferente de todas estas ciencias, y está fuera de ellas.⁶⁸

Entonces a la metafísica sólo le corresponde la explicación última del Derecho, “el derecho del Derecho”, trascendente de un mero hecho social y de una mera apreciación subjetiva, que puede ser signo, pero no causa objetiva, de la validez y justificación del Derecho.⁶⁹

Volviendo sobre la distorsión del vocablo ciencia, por parte de la posición positivista, cabe agregar que, en el ámbito jurídico, el carácter análogo del término ya era bien conocido desde Roma, como se desprende de una cita de Paulo que se encuentra en el Digesto:

67 Aristóteles, *Metafísica* 1003 a 33; Aristóteles, *Tópica* 106 b 29-40; Aristóteles, *Retórica* 1411 a I-b 21. Respecto a Tomás de Aquino, cf. *De principii naturae* VI, 29.

68 Aristóteles, *Metafísica* 1059a-1069a VII.

69 Serrano Villafañá. “Fundamentación Metafísica del Derecho”, 61.

11. Comentarios a Sabino, libro XIV. La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como el derecho civil, y no menos rectamente se llama derecho en nuestra ciudad el derecho honorario. Se dice también que el pretor aplica el derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que debería hacer; se llama derecho, en otro sentido, al lugar en el que el pretor aplica el derecho [...] determina pronunciar derecho.⁷⁰

De la cita anterior se entrevé la polisemia histórica del término derecho, que hace referencia a: lo justo, lo conveniente, la sentencia y la sede del juez. Sin embargo, en ningún momento se advierte la isonomía Derecho – ley que pretenden los positivistas. Los romanos, como lo hacen después Tomás de Aquino y el realismo clásico⁷¹, entendían que la actividad de los juristas de *iuris prudentia* no es la *sophia* en cuanto *lex* sino el *ars iuris*, el arte de decir el derecho, lo justo. Una suerte de saber práctico que, no obstante, también es analógicamente *scientia*, porque la jurisprudencia, el Derecho, nace y se desarrolla en consonancia con la metafísica griega y de ella toma la forma sistemática de analizar y ordenar sus materiales, esto es, de hacer ciencia particular, *episteme*, dejando para la *prota philosophia* la cuestión de qué es el ser de las cosas.

Más allá de los equívocos

El Realismo Jurídico Clásico reconoce que el saber acerca del Derecho no consiste en un conocimiento exclusivamente especulativo, como proponía la *Teoría pura* de Kelsen, sino que está dirigido a la acción y a una ciencia práctica que reconoce la apertura –de la contingencia– de los distintos analogados del Derecho

70 Ildefonso García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Vol. 1 (Barcelona: Lex Nova, 1989).

71 Tomás de Aquino, en la conocida sentencia del *Tratado de la Justicia*, q. 57, arto 1. Allí, expresa en el *ad 1* que es frecuente que los nombres hayan sido derivados de su primitiva asignación para significar otras cosas [...] Así derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho [...] Finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo".

Y completa en el *ad 2*:

La razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley [...] de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho. *Summa Theologica*, 11-11, 57, 1, ad. 1 y 2.

en la conceptualización jurídica: una *actitud de apertura a lo real*. Además, esta forma de plantear el estatuto epistemológico del Derecho “advierde de entrada que se trata de un saber que se justifica y que encuentra su razón de ser sólo en consideración de la persona humana en sociedad”.⁷²

Así las cosas, el objeto material del Derecho no puede ser otro que la propia persona humana en la dimensión alteritativa de su conducta, es decir, en su conducta para y con los otros, en la realidad social integrada por cosas justas, facultades, relaciones jurídicas, etc.

Analizada desde la perspectiva del jurista, esta realidad (dentro de la que se incluye la estructura del ser humano), que es compartida por el Derecho y otras ciencias como la moral, la Sociología, la Psicología, la política, etc., se asienta en la premisa de que ella existe con independencia del hecho de ser conocida, afirmada o deseada por el hombre. Luego, ni la realidad ni su cognoscibilidad se agotan en el plano de lo meramente fenoménico o sensible, porque se acepta una dimensión de moralidad en la realidad humana, asequible a la razón práctica. Otra más de las diferencias entre el realismo y el inmanentismo, que sintetiza Corredor, es que

mientras que la primera postura recalca el principio de trascendencia por el cual lo factual (el ente) se refiere en último término a la metafísica del ser (lo real), la segunda reduce, por el principio de immanencia, el conocer al pensar; es decir, la realidad a la conciencia. Lo cual implica, por demás, que la libertad para el realismo se encuentra en el vértice de la consideración sobre el ser, mientras que para el inmanentismo la libertad se encuentra al comienzo ya que es la esencia misma de cogito.⁷³

Es importante aclarar que no es toda la realidad social, ni son todas las conductas humanas las que pueden considerarse objeto material del Derecho, ya que cuando el mismo se refiere a estas *cosas* (causa material del Derecho), sólo se refiere a ellas en el sentido de las causas, pues, aclara Hoyos:

Hablar de la causa del derecho significa, al menos dos cosas: en sentido filosófico, determinar la estructura del derecho, esto es indagar por aquello con lo cual se constituye el derecho (causa material) y le hace ser (causa formal), así como precisar su origen o la razón (causa eficiente) y su finalidad (causa final); en sentido jurídico,

72 Mora Restrepo, “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”, 27.

73 Corredor, *Realismo Jurídico y Eutanasia*, 38.

determinar cuáles son las cosas susceptibles de controversia y la decisión judicial. La noción de causa, según este último significado, se encuentra en estrecha relación con la noción de *iuris*. Por esta razón, indagar por la causa jurídica es lo mismo que indagar por la justa causa, pues lo jurídico y lo justo son, en sentido propio y estricto, una misma cosa.⁷⁴

Las *cosas*, conductas y/o realidades sociales no se agotan entonces en la dimensión jurídica, porque el Derecho no abarca toda la realidad, ni personal ni de la vida social. De hecho, la *cosa* (conducta-realidad social), para ser considerada jurídica, requiere ser estimada como *sub specie iuris*, es decir, por su objeto formal que no es otro que *lo justo*.

Por lo tanto, el objeto formal del Derecho es inseparable de su objeto material, como causa intrínseca al mismo, pues, sin su objeto formal, el Derecho se trastocaría en Psicología, en política, en Sociología o en cualquier otra rama del saber humano sobre la realidad. Siendo así, en modo alguno saciaría la más humana de las demandas, la demanda de *justicia: de aquello que se debe a cada persona*, porque lo primario *es lo suyo de cada cual*, aquello que se debe a otro en razón de la justicia.

No obstante, cabe advertir con Mora, que

de manera análoga, puede decirse que el objeto formal de la ciencia jurídica es la perspectiva de la justicia, sin que ello signifique identificar lo justo con la justicia (aquél es su objeto; ésta, la acción que ordena a lo justo).⁷⁵

Sobre estas diferencias se ahondará más adelante (Cap. IV), por el momento basta considerar que se ha intentado recoger, de los errores y equívocos conceptuales, la sustantividad objetual del Derecho, pues, como recuerda Aristóteles, “muchas veces se conoce un modo de ser por su contrario, pero muchas veces también se conocen los modos de ser por las cosas en las cuales se dan”.⁷⁶

En otras palabras, el aspecto formal del saber jurídico sobre la sociedad humana es un saber vista *sub specie iuris o iustitiae*, que tiene por objeto de estudio el aspecto jurídico de la sociedad humana, con el fin de contribuir al orden social en razón de los derechos y las deudas. Este elemento especifica el saber jurídico

74 Ilva Myriam Hoyos, “Las causas del derecho. Estudio desde una consideración realista”, *Revista Dikaion*, Vol. 2. (1988): 23-24.

75 Mora Restrepo, “Estatuto epistemológico del conocimiento jurídico”, 28.

76 Aristóteles, *Ética Nicomaquea* Libro V 1129a 16.

en diversos grados de conceptualización, los cuales se hallan en relación directa con los aspectos aquí resumidos:

- 1) Fundamental. Epistemológicamente, está determinado porque opera en el plano de abstracción más alto del conocimiento; es el caso de la Ontología Jurídica, que estudia las causas primeras que pueden explicar la realidad jurídica y, en consecuencia, se ocupa de conceptualizar, definir y enunciar de modo propio y distinto acerca del Derecho. Dicho de otra manera, el grado fundamental del conocimiento jurídico es metaempírico, pues se refiere a la esencia misma de la realidad que se nos pone de manifiesto y no se agota con las percepciones experienciales.
- 2) Científico. Se caracteriza por un conocimiento fenoménico y experimental y, por tanto, se pregunta por las causas próximas, por los fenómenos captables empíricamente, por ejemplo, la ley promulgada, la sentencia o el contrato, las costumbres, los usos sociales, el Derecho conciliado, los acuerdos.
- 3) Casuismo. Se propone sintetizar las conclusiones derivadas de los grados anteriores, con el fin de resolver posibles casos pasados, presentes o posibles a modo ejemplar. No se propone analizar teóricamente la realidad jurídica como lo hacen los dos primeros niveles mencionados, por ejemplo, la jurisprudencia, teoría del caso, análisis de decisiones judiciales, criterios de interpretación y ponderación del juicio.
- 4) Prudencial. Se refiere a la decisión inmediata, práctica y existencial con la cual se realiza el orden jurídico en la vida real. Es producto de la virtud de la prudencia que se adquiere del conocimiento de los anteriores grados y se perfecciona por la decisión real de la voluntad de su compromiso con la obra justa. Esto significa que si en la decisión no existe la voluntad definida de realizar primariamente una obra justa, dicho conocimiento práctico queda incompleto, pues este es el que perfecciona el acto jurídico y compromete la eficacia de todo el ordenamiento jurídico.⁷⁷

77 Gregorio Rojas González, "Educar en filosofía para saber estar en la realidad jurídica", *Novum Jus*, Vol. 10 N. 1 (Enero – Junio 2016): 11-29.